

**Tilburg University**

## **Lextern: continuïteit van wetgeving en rechtszekerheid**

Hirsch Ballin, E.M.H.

*Published in:*  
LexKlets

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hirsch Ballin, E. M. H. (2013). Lextern: continuïteit van wetgeving en rechtszekerheid. *LexKlets*, 15-17.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Ernst Hirsch Ballin

***Vertrouwen op het recht wordt zowel bevorderd als bemoeilijkt door het democratische karakter van wetgeving. Bevorderlijk voor het vertrouwen is het proces van wetgeving, nu daarin aan de volksvertegenwoordigers de beslissende stem toekomt. De democratische legitimatie kan echter in haar tegendeel verkeren, wanneer wisselende meerderheden de wet naar hun hand zetten. Daardoor wordt de stabiliteit van wederzijdse verwachtingen aangetast, die tot de belangrijkste maatschappelijke functies van het recht behoort. Democratie en rechtsstaat zijn niet los verkrijgbaar. Andrew Fagan (University of Essex) heeft erop gewezen dat het verabsoluteren van de wil van de meerderheid – ‘majoritarianism’ – kan leiden tot discriminatie en aantasting van de rechten van de mens. Recente uitingen van ongenoegen over uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens omdat die de wil van de meerderheid zouden negeren, illustreren dit, soms ook in Nederland.***

In het streven naar evenwicht tussen democratische dynamiek en stabiliteit is het Ministerie van Justitie sinds mensenheugenis een baken geweest, in het bijzonder de Zesde afdeling van dit ministerie, waaruit de Stafafdelingen wetgeving zijn voortgekomen, thans herenigd in de Directie wetgeving en juridische zaken. Ook andere ministeries (“departementen van algemeen bestuur”) straalden continuïteit uit en hielden tot voor kort bij alle politieke wisselingen van de wacht dezelfde namen, symbolen en institutionele waarden in ere.

Flexibiliteit ten opzichte van wisselende politieke meerderheden heeft het tempo veranderingen in de wetgeving flink opgevoerd. Snelle veranderingen zijn een algemeen kenmerk van de fase van modernity geworden waarin wij leven en werken. Hartmut Rosa beschreef deze Social acceleration (Columbia University Press 2013). Voor diegenen die behoren tot de achtergestelden kan dat goed nieuws betekenen, want de hoop op een betere toekomst hoeft niet meer alleen aan volgende generaties te worden verbonden, maar het is niet vanzelf goed nieuws. Afbraak van de natuurlijke leefomgeving en nieuwe vormen van exploitatie van kwetsbare mensen – denk aan de geraffineerde verplaatsing van slachtoffers van mensenhandel in West-Europa – kunnen daar evenzeer het gevolg van zijn. De maatschappelijke dynamiek maakt institutionele waarborgen van rechtszekerheid en eerbiediging van fundamentele rechten des te meer noodzakelijk. Het behoort tot het professionele ethos van wetgevingsjuristen, daarvoor op te komen.

### GEEN KAAS

Mijn gedachten gaan terug naar de eerste werkdag bij Justitie, 1 februari 1977, nog in het oude oude gebouw, Plein 2b, gebouwd tussen 1876 en 1880. Daar was, gelukkig nog steeds in goede



conditie, W.G. Belinfante. (Voornamen waren in Haags Nederland nog een slaapkamergeheim; als mannelijke collega's elkaar tutoyeerden spraken ze elkaar met enkel de achternaam aan.) Belinfante was vele jaren hoofd geweest van een van de Stafafdelingen wetgeving en waakte onvermoeibaar over de continuïteit. Zijn naam hoorde ik al in mijn kinderjaren wanneer mijn vader terugkwam van een vergadering in Den Haag. Hij was al jaren geleden gepensioneerd, maar “diende na” als raadviseur in buitengewone dienst. Dat was niet ongebruikelijk. “Partir, c’est partir un peu”, zei men destijds bij Justitie. Wetgevingsprojecten – een woord dat toen nog niet in zwang was – waren levenstaken. De gedachte dat bewindslieden eraan zouden kunnen hechten binnen één kabinetsperiode een verandering in wetgeving te initiëren, uit te werken en van wetsvoorstel tot wet te doen groeien, kwam bij niemand op. De afschaffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw tijdens het





ministerschap van J.C. van Oven in 1956 was daarop een legendarische uitzondering, blijkbaar de enige.

De tijden zijn veranderd. Hoewel ook Jan Tom Bos, al meer dan een kwart eeuw bij Justitie, zijn afscheid als hoofd van de Directie wetgeving mitigeert door raadadviseur te blijven, is hij een man van nieuwe ontwikkelingen, strafprocesrechtelijk in de praktijk geverseerd als raadsheer-plaatsvervanger. Na onze studie aan de Universiteit van Amsterdam – we waren daar studiegenoten – promoveerde hij in Leiden en onder alle omstandigheden is hij in staat gebleven om zijn juridische professionaliteit te verbinden met verinnerlijking van de democratische kwaliteit van de rechtsstaat.

Verbinden van stabiliteit met openheid voor maatschappelijke ontwikkelingen is een kenmerk van goed wetgeven. Een weloverwogen democratisch rechtspolitiek besluit, waarvan uitwerking in wetgeving nodig is, behoort niet – zoals vroeger wel eens voorkwam – door tijdsverloop te verzanden. Toen ik in 1989 met politieke verantwoordelijkheid bij Justitie terugkwam, dreigde de jarenlang voorbereide invoering van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder) toch nog spaak te lopen, doordat een reparatiewetje was blijven liggen. Wetgeving moet “rijpen”, zei men destijds nog vaak, maar een wetsvoorstel is geen kaas die zonder menselijke activiteit op de plank beter wordt.

Tempo van legislatieve veranderingen is echter niet alleen een kwestie van planning en organisatie van het werk. Het is ook een kwestie van recht en rechtsbeginselen. Economie en samenleving behoeven immers niet alleen de ordening van het burgerlijk recht, maar ook de aansturing en het toezicht van het publiekrecht. Rechten van de mens zijn tegelijk van betekenis als beteugeling

van de overheid én als eisen aan overheidszorg voor mensen die anders in de knel zouden komen of blijven. De versnelling van veranderingsprocessen in wetgeving is het gevolg van de feitelijke maatschappelijke dynamiek en de fluïde waardering daarvan in de politiek. Wat gisteren een oplossing heette – bij voorbeeld een gedifferentieerd systeem van fiscale toeslagen of de vrijheid van dienstverlening in andere EU-lidstaten – kan ’s anderendaags als bron van problemen worden gezien. Dat maakt het voor mensen moeilijker, hun levensplannen op het recht af te stemmen.

### SCHRANDERE GEEST

Het overgangsrecht is het aspect van wetgeving dat recht doet aan bescherming van verwachtingen, waar desalniettemin veranderingen noodzakelijk blijken. Jan Borman, een van degenen die mij indertijd als senior coachte bij de eerste ervaringen met het ontwerpen en becommentariëren van wetgeving, hield zijn junior collega voor dat het overgangsrecht in wetsvoorstellen van andere departementen bijna nooit helemaal goed in elkaar stak. Wetstechnisch vereist het inderdaad een schrandere geest. Daarmee is de vraag nog niet beantwoord of overgangsrecht ook goed recht is. Abrupte veranderingen kunnen budgettair wenselijk lijken, maar tasten het vertrouwen aan waarop mensen hun plannen en materiële en immateriële investeringen baseren. Het in de jaren '80 uitgevochten rechterlijke dispuut over de reikwijdte van artikel 120 van de Grondwet, beslecht in het Harmonisatiewet-arrest, betrof het ontbreken van een overgangsbepaling voor degenen die al met een tweede studie waren begonnen. Een dergelijke discussie ontstond in jaren negentig over de mestrechten en vorig jaar over de beëindiging van een voor kunstenaars gunstige regeling in de Wet werk en inkomen kunstenaars. De begin jaren negentig nagestreefde beperking



van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen (die temidden van groot politiek tumult vastliep) had meer kansen van slagen gehad, als destijds was gekozen voor een verandering die zich tot nieuwe aanvragen beperkte. Een strikt synchrone uitleg van het gelijkheidsbeginsel stond daaraan echter in de weg.

Dit betekent beslist niet dat bestaande verwachtingen voor altijd geëerbiedigd en beschermd moeten blijven. Net als in de ruimtelijke ordening behoort men redelijkerwijs voorzienbare veranderingen te accepteren. Het recht legitimeert geen levenshouding waarbij de ogen worden gesloten voor misstanden in de intensieve veehouderij of feitelijke subsidiëring van bovenmatige huizenprijzen. Het gaat altijd om een legislatieve afweging die dient te voldoen aan eisen van zorgvuldigheid en evenredigheid. Het Haagse gerechtshof plaatste de beoordeling van de Wet werk en inkomen kunstenaars (arrest van 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457) terecht in deze sleutel. Artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM beschermt het eigendomsrecht in de ruime, materiële betekenis die ook aanspraken uit pensioenen en sociale zekerheid omvat. Het Hof bevestigde het oordeel van de voorzieningenrechter dat een intrekking van deze wet zonder enige overgangsregeling geen fair balance tussen de verschillende belangen realiseerde.

Kamerleden die hierin een aantasting van het bezuinigingbeleid zagen, kritiseerden de rechterlijke uitspraak met als argument dat daaraan democratische legitimatie ontbrak. Intussen heeft een van hen die kritiek vertaald in een wetsvoorstel dat probeert de voorrang van verdragen op wetten te onttrekken aan onafhankelijke rechterlijke toetsing (Kamerstukken 33 359, R 1986, voorstel van rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties).

Tegen het argument dat zulke rechterlijke oordelen democratische legitimatie missen, valt wel wat in te brengen. Rechtszekerheid en bescherming van grondrechten zijn immers minstens zozeer democratisch gelegitimeerd, zelfs op constitutioneel niveau in Statuut, Grondwet en verdragen. De vraag waarom het hier gaat is dan ook vooral of – bij rechterlijke toetsing – het democratisch proces de factoren aan het licht heeft gebracht die bepalend zijn voor de evenredigheid van de ingreep in de verwachtingen.

### 360°

Het willekeurverbod was in de Nederlandse jurisprudentie al sinds lang bekend. Het was een voorloper van de evenredigheidstoetsing op grond van de Algemene wet bestuursrecht, artikel 3:4. Het evenredigheidsbeginsel moet bij wetgeving en bestuur in acht worden genomen: het evenredigheidsbeginsel doet de verschillende beschermwaardige belangen onderzoeken vanuit de gezichtspunten van de verschillende belanghebbenden, zodat op basis daarvan kan worden beoordeeld of de beperking van een bepaald grondrecht gerechtvaardigd is. Marina den Hondijker heeft in haar recente Leidse dissertatie (Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem, Wolf Legal Publishers 2012) laten zien dat de idee van afweging een “structurend vermogen” heeft in de rechterlijke oordeelsvorming door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Het verrichten van zo’n beoordeling heeft de Nederlandse bestuursrechter echter tot nu toe niet op zich willen nemen. Artikel 3:4, tweede lid, Awb is zo opgevat dat de afweging niet door de rechter wordt hervoltrokken: de rechter beoordeelt slechts of de afweging door het bestuursorgaan gebreken vertoont. De rechter verplaatst zich dus niet in de positie van de belanghebbende burgers, maar alleen in die van de afwegende overheid. Wat men daar ook van mag vinden, de wetgever mag hier niet mee volstaan.

De vermaarde vroegere Israëliëse opperrechter Aharon Barak heeft de werking van Proportionality (Cambridge University Press 2012) dwars door de trias politica heen geanalyseerd en laten zien dat er bij constitutionele rechten niets anders op zit dan in de diepte gaan en de gevolgen van nieuwe wetgeving 360° in het rond onderzoeken. Wetgeving vereist immers inleving in de positie van degenen die verschillende posities innemen. De ontwerper van wetgeving mag de balans tussen stabiliteit en veranderlijkheid van wetgeving niet tot een juridisch irrelevante kwestie degraderen.

De door dit beginsel vereiste aandacht voor juridische stabiliteit is geen conserverende kracht, al leidt ze er soms toe dat een wijziging minder abrupt wordt doorgevoerd. Ze verzekert dat veranderingen de basis respecteren waarop een democratische rechtsorde is gebouwd: stabiliteit in wat van waarde blijft. Alleen zo kunnen democratische veranderingsprocessen datgene bewerkstelligen waarop grondrechten in een moderne opvatting zijn gericht: mensen de vrijheid verzekeren om onbedreigd hun levensplannen te maken en te verwirkelijken.